



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Karin Kjellin

DOM
 2011-12-16
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 3880-11

SÖKANDE

SweCoach AB, 556838-0769
 c/o Kent Svens
 Österå 65
 791 91 Falun

MOTPART

Borlänge kommun
 781 81 Borlänge

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2011-12-20	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar om rättelse av upphandlingen på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Borlänge kommun genomför en förenklad upphandling avseende chaufförstjänst till mobil förskolebuss i Borlänge kommun (dnr 2011/21). Tilldelningsbeslut fattades den 6 september 2011, varvid Lennes Buss AB antogs som leverantör.

SweCoach AB (SweCoach) begär överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. SweCoach grundar sin talan på underkriteriet referenser har tillämpats på ett icke affärsmässigt sätt vilket har medfört att SweCoach har lidit eller riskerat att lida skada.

Borlänge kommun motsätter sig ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad SweCoach anfört är visat att Borlänge kommun har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och att det medfört att SweCoach lidit eller kan komma att lida skada (15 kap. 2 § och 16 kap. 5 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (15 kap. 2 § och 1 kap. 9 § LOU).

Förfrågningsunderlaget

SweCoach har anfört att i de fall referenser används får dessa inte syfta till att bedöma leverantörens tidigare erfarenhet, eftersom detta normalt sett inte hör hemma i leverantörsklassificeringen, samt att referenser endast får användas i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Till stöd för talan åberopas en analys från Konkurrensverkets av den 28 april 2009.

Borlänge kommun har i denna del invänt att kriterierna i förfrågningsunderlaget är lämpliga för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta eftersom kriterierna är relaterade till den tjänst som ska utföras och därmed har betydelse för kriteriet kvalitet.

I förfrågningsunderlaget anges att frågor kommer att ställas gällande hur anbudsgivare/chaufför har genomfört uppdrag för den aktuella typen av verksamhet och hur anbudsgivare/chaufför har hanterat barn och uppkomna situationer vid sitt yrkesutövande (förfrågningsunderlaget, avsnitt 6.2).

Av EU-domstolens avgöranden C-532/06 Lianakis och C-199/07 ERGA framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Däremot kan något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen varken utläsas av LOU eller EU-rättslig praxis, så länge som referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Enligt förvaltningsrättens mening synes kriteriet referenser såsom det kommit till uttryck i förfrågningsunderlaget syfta till att klarlägga på vilket sätt anbudsgivare/chaufför genomfört tidigare uppdrag och till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kriteriet hänför sig därmed huvudsakligen till föremålet för upphandlingen, d.v.s. till den tjänst som anbudsgivaren erbjuder, och inte till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Skäl att besluta om åtgärder på grund av förfrågningsunderlagets utformning föreligger därför inte.

Utvärderingen

SweCoach har även gjort gällande att kommunen har tillämpat kriteriet Referenser på ett sådant sätt att bolaget kommit att särbehandlas, vilket medfört skada eller risk för skada.

Till stöd för sin talan har bolaget bl.a. gett in en skrivelse daterad den 5 oktober 2011 från VD:n för Förenade Buss i Värmland AB Hans Ericsson vilken var en av de angivna referenspersonerna. I denna skrivelse bekräftar Hans Ericsson att upphandlaren kontaktade honom angående referensuppgifter för SweCoach. Hans Ericsson uppgav då på fråga från upphandlaren att han inte kände till SweCoach och fick därefter en förklaring till varför han blivit uppringd. Efter samtalet fick han via sina arbetskamrater kännedom om att SweCoach var ett delägt bolag till Molkom Buss AB. Hans Ericsson ringer då upp upphandlaren och förklarar att Molkom Buss under ca 25 år varit utövare och entreprenör åt Förenade Buss i Värmland AB och lämnar därmed sina bästa rekommendationer för Molkom Buss AB.

Vidare har bolaget gett in minnesanteckningar som bolagets företrädare Kent Svens fört vid telefonsamtal med Eva Johansson, Svennljunga kommun den 5 oktober 2011 gällande referenstagning avseende SweCoach. Eva Johansson uppgav vid samtalet att hon mycket väl visste varför hon blev uppringd. Enligt anteckningen ska Eva Johansson yttrat att hon mycket väl kände till att Hans-Erik Sohlberg är delägare i SweCoach och att referenstagningen gällde detta bolag. Eva Johansson lämnade vid samtalet även namn och telefonnummer till ytterligare en person på Svennljunga kommun som bättre kunde beskriva det samarbete som förevarit mellan Hans-Erik Sohlberg, Sohlbergs buss, och Svennljunga kommun.

Kommunen har bl.a. invänt att det var ett kvalificeringskrav att anbudsgivaren skulle ange referenser över liknande uppdrag som genomförts under de senaste två åren. Vidare skulle referenserna vara angivna med företag, kontaktperson, adress och telefonnummer samt eventuellt e-postadress. Referenserna skulle också vara vidtalade. Kommunen uppger vidare att ingen av de uppgivna referenserna kände till företaget. Att de kunde svara på frågor som gällde andra bolag bedömdes som irrelevant. Kommunen måste ta referenser på det bolag som är angivet som anbudsgivare och inget annat.

Det ankommer inte på förvaltningsrätten vid en överprövning, efter invändning från kommunen, att som första instans pröva frågan om ett anbud som kommunen tidigare låtit gå vidare till utvärderingen rätteligen skulle ha förkastats. Någon prövning av om huruvida bolagets anbud uppfyller kvalifikationskraven kan sålunda inte ske inom ramen för det aktuella målet. Förvaltningsrätten utgår därför från att kvalifikationskraven uppfyllts.

SweCoach har anfört att bolaget diskriminerats på grund av att det inom kriteriet referenser inte erhållit några poäng till följd av att bolaget är nystartat och på det sätt referenstagningen skett. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan även ett nyetablerat företag ha knutit till sig kompetent personal med erfarenhet inom området. Detta förefaller också vara fallet i aktuellt mål. Såsom utvärderingskriteriet Referenser i praktiken har tillämpats i den aktuella upphandlingen har konkurrensen inom området motverkas genom att bolaget de facto förhindrats att tillgodoräkna sig referenser kopplade till den organisation som enligt anbudet skulle komma att utföra det aktuella uppdraget. I sammanhanget noterar förvaltningsrätten särskilt att det nybildade bolaget är kvalificerat för utvärdering. Kommunen synes sålunda inte ha vinnlagt sig om att referenstagningen just skulle ta sikte på att fastställa själva utförandet av uppdraget, såsom avsikten kommit till uttryck i förfrågningsunderlaget. Den utredning som SweCoach gett in i målet stärker denna uppfattning och kommunen har inte kunnat visa på omständigheter som talar i motsatt riktning. Vid denna utgång anser förvaltningsrätten att det med en tillräcklig grad av sannolikhet framgår att referenstagningen inte genomförts i överensstämmelse med likabehandlingsprincipen. Utvärderingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU).



Karin Forslund Johansson
rådman